Die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft im Prozeß

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität zu Breslau
vorgelegt von

Heinz Kirste

Referendar in Breslau

1928

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. H. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Schott

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Breit: Juristische Abhandlung in Juristischer Rundschau 1926, Heft 4 und 5

Crome: System des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1.—2. Aufl., Halle a. S. 1901.

Falkmann-Mugdan: Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1914.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl. Tübingen 1911.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 5. Folge, Berlin 1894.

Hein: Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Hannover 1914.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 5. Aufl. Berlin 1923.

Sonnen: Bürgschaft zwecks Sicherheitsleistung im Prozeß. In der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für den Geheimen Justizrat Fuchs, Berlin 1926.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl. Berlin 1908.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 17. Aufl., Berlin 1922.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.—4. Aufl., Berlin 1908.

Warneyer: Rechtsprechung des Reichsgerichts, Leipzig 1915.

Wunderlich: Die prozessuale Sicherheitsleistung durch Bürgschaft und die Hinterlegungsstelle. In J.W. 1926, Heft 24.

Rechtsprechung.

R.G.Z.: Bd. 11, 57, 61, 62.
O.L.G.: Bd. 39.
Entscheidung des OLG. Dresden vom 23. Februar 1926.

Vorbemerkung.

Die prozessuale Sicherheitsleistung im allgemeinen und der durch die Zivilprozeßnovelle vom 13. Februar 1924 geschaffene Rechtszustand.

Im heutigen Prozeß spielt die Sicherheitsleistung eine bedeutsame Rolle. Sie ist dazu bestimmt, den verschiedensten Zwecken zu dienen. Ueber die ganze Zivilprozeßordnung verstreut finden sich die mannigfachsten Bestimmungen, in denen von prozessualer Sicherheitsleistung gehandelt wird. Die Hauptfälle der Prozeßsicherheitsleistung aber, — sie mag im folgenden der Kürze halber so genannt werden —, liegen in dem Gebiete der Zwangsvollstreckung. Es sind dies die Fälle der Sicherheitsleistung zwecks Ermöglichung oder Abwendung der Zwangsvollstreckung, insbesondere aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen. Auf diese Fälle soll sich die folgende Abhandlung aus Zweckmäßigkeitsgründen beschränken.

Die Prozeßsicherheitsleistung ist von der Z.P.O. in den §§ 108 ff. selbständig geregelt worden und wohl von der im BGB. §§ 232 ff. behandelten bürgerlich-rechtlichen Sicherheitsleistung und den für diese maßgebenden Vorschriften zu unterscheiden. Die Bestimmungen des BGB. über die Sicherheitsleistung greifen nur Platz, wenn es sich um eine Sicherheitsleistung aus materiellrechtlichen Gründen handelt, dagegen nicht, falls eine Sicherheitsleistung nach den Bestimmungen der ZPO. in Frage steht. Hier ist sie lediglich nach § 108 ZPO. zu bestimmen. Eine Novelle der ZPO. vom 13. Februar 1924 hat nun eine Abänderung des § 108 ZPO. getroffen, die für das gesamte Rechtsinstitut der Prozeßsicherheitsleistung und seine praktische Handhabung von schwerwiegendster Bedeutung ist. Der § 108 ZPO. bestimmte in seiner bisherigen Fassung, daß, soweit nicht die Parteien etwas anderes vereinbarten, Sicherheit grundsätzlich nur durch Geld oder nach BGB. hierzu geeigneten Wertpapieren geleistet werden könne. Nur in wenigen Fällen, so insbesondere beim Arrest und bei der einstweiligen Verfügung[1] überließ das Gesetz Bestimmung sowohl der

1) Vgl. §§ 921, 925, 927, 936, 939 ZPO.

Höhe wie der Art der zu leistenden Sicherheit dem freien Ermessen des Gerichts. Soweit nun das Gesetz die Bestimmung der Art in das freie Ermessen des Gerichts stellte, wurde schon nach bisherigem Recht die Leistung der Sicherheit auch durch Bürgschaft für durchaus zulässig und genügend erklärt, da die Bürgschaft nach §§ 232 Abs. 2, 239 BGB. ein an sich dazu geeignetes Mittel bildet.[2] Praktische Bedeutung hatte jedoch diese Art der Sicherheitsleistung nicht erlangt, da einerseits das Gesetz nur in verschwindend wenigen seiner Bestimmungen dem Richter die Anordnung einer solchen Bürgschaftssicherheit gestattete, andererseits Gericht wie Parteien ungern von dem an und für sich einfachen und formell genau vorgezeichneten Wege der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren abgingen. Hier hat die Novelle vom 13. Februar 1924 tiefgreifenden Wandel geschaffen. Sie bestimmt, daß nunmehr in allen Fällen, in denen nach Prozeßrecht Sicherheit zu leisten ist, das Gericht über Art und Höhe der zu leistenden Sicherheit nach freiem Ermessen zu entscheiden habe. Die Bürgschaft selbst als zulässige Art ist hier nicht genannt worden, sie fällt aber ohne Zweifel, wie bisher schon in wenigen Fällen, nunmehr ausnahmslos unter die möglichen Mittel. Und zwar kann das Gericht sie als einzige Art unter Ausschluß der sonstigen anordnen oder sie dem Gläubiger bezw. Schuldner zur Wahl stellen. Einen in dieser Hinsicht möglichst freiheitlichen Rechtszustand wollte der Gesetzgeber mit der Aenderung des § 108 ZPO. zweifelsohne gerade herbeiführen, und er ist damit einem dringenden Bedürfnis der Zeit nachgekommen. In der heutigen Zeit, in der das gesamte Wirtschaftsleben unter dem Zeichen des bargeldlosen Verkehrs steht, in der Zeit des Bargeldmangels, ist es den allerwenigsten Rechtsuchenden möglich, mitunter recht beträchtliche Geldsummen dem Wirtschaftsleben zu entziehen oder zu hohen Prozentsätzen bei Banken zu entleihen und zu toten Sicherheitsleistungen zu verwenden; soweit dies aber möglich, ist ein solches Verfahren doch in höchstem Maße unwirtschaftlich; kurz, die normale Art der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von barem Geld stellt eine für unsere wirtschaftlichen Verhältnisse völlig veraltete Form des Geldverkehrs dar. Diesem Uebelstande wollte der Gesetzgeber abhelfen, indem er die Gerichte ermächtigte, die jeweils beste und im Einzelfalle den Interessen aller Beteiligten im höchsten Maße entsprechende Art der Sicherheitsleistung anzuordnen. Als eine solche ist

2) RG. in J.W. 02, 444; 23,23.

denn auch von den Parteien in immer steigendem Maße, insbesondere bei großen Streitobjekten, die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft empfunden und von den Gerichten auch in immer weiterem Umfange zugelassen worden; ermöglicht sie doch dem Einzelnen unter Aufwendung bedeutend geringerer Opfer, als sie die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld erforderte, eine dieser nunmehr völlig gleichwertige Sicherheit zu bestellen. Gerade bei der Anwendung dieser Art der Sicherheitsleistung aber haben sich in der Praxis die größten Schwierigkeiten ergeben. Der Gesetzgeber hat zwar das, was die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse erforderten, richtig erkannt und den § 108 ZPO. dementsprechend abgeändert. Sonstige Aenderungen aber, die durch die Neufassung des § 108, insbesondere gerade im Hinblick auf die immer mehr in Erscheinung tretende Bürgschaftssicherheit und deren Vertragsnatur zweckmäßig, ja sogar notwendig geworden wären, hat er vorzunehmen unterlassen. Das hat zur Folge gehabt, daß über die praktische Handhabung der neuen Bestimmung in beträchtlichem Umfange Zweifel entstanden sind. Denn die sonstigen verstreut in der ZPO. auftretenden Vorschriften über die prozessuale Sicherheitsleistung hätten insofern einer Aenderung unterworfen werden müssen, als sie offenbar nur auf die bisher die Regel bildende Art der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren zugeschnitten sind und auf die Bürgschaftssicherheit mit Rücksicht auf ihre vertragsmäßige Natur nicht passen. Allerdings kannte, wie bereits hervorgehoben, auch die ZPO. der alten Fassung, wenn auch nur in Ausnahmefällen, Sicherheitsleistung durch Bürgschaft. Das ändert jedoch an der Tatsache nichts, daß diese vom Regelfall abweichende Art eine besondere Regelung in der ZPO. nicht gefunden hat. Insbesondere hat der Gesetzgeber es unterlassen, irgend etwas über die Voraussetzungen, das einzuschlagende Verfahren, sowie die Leistung einer solchen Sicherheitsbürgschaft zu bestimmen, und auch die Frage nach ihrer Beendigung hat keinerlei gesetzliche Beantwortung gefunden. Die in dieser Richtung bei Anwendung des § 108 ZPO. entstandenen Schwierigkeiten und Zweifelsfragen sollen nun im folgenden behandelt werden. Die Behandlung dieser Fragen aber wird unter dem Gesichtspunkte zu erfolgen haben, eine wissenschaftlich befriedigende, zugleich aber auch praktisch brauchbare und den vom Gesetzgeber mit der Aenderung des § 108 verfolgten Absichten zum Siege verhelfende Lösung herbeizuführen. Denn die Bestimmungen über die Prozeßsicherheitsleistung gehören dem Gebiete des Prozeßrechts an. Das

Prozeßrecht aber ist nicht um seiner selbst Willen da, sondern es soll dazu dienen, das, was im einzelnen Streitfalle Rechtens ist, festzustellen und zu verwirklichen. Dasjenige Prozeßrecht bezw. Prozeßverfahren aber ist das beste, das in jedem einzelnen Falle dieser Aufgabe nicht nur in theoretisch einwandfreier, sondern auch einfachster, praktischster und, — im doppelten Sinne des Wortes, — billigster Weise gerecht wird.

Hauptteil.

I. Kapitel.

Die Voraussetzungen der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft und das bei Bestimmung der Art der Sicherheit einzuschlagende Verfahren.

Zunächst hat der Gesetzgeber über die Voraussetzungen der Anordnung einer Prozeßsicherheitsleistung durch Bürgschaft keinerlei Bestimmungen getroffen. Daher entscheidet hinsichtlich dieser Voraussetzungen lediglich das freie Ermessen des Gerichts.. Hierbei ist das Gericht an die Vorschriften des BGB. über die Sicherheitsleistung nicht gebunden, da die ZPO. als Reichsgesetz eine selbständige Regelung dieses Rechtsinstituts für das Gebiet des Prozeßrechts getroffen hat. Es ist also, wie nach § 232 Abs. 2 BGB., weder erforderlich, daß die Sicherheit nicht in anderer Weise als durch Bürgschaft geleistet werden kann, noch daß ein im Sinne von § 239 BGB. tauglicher Bürge vorhanden ist. Auch kann das Gericht entgegen § 239 Abs. 2 BGB. als genügende Sicherheit eine Bürgschaftserklärung ohne den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zulassen, also nach freiem Ermessen bald einfache, bald selbstschuldnerische Bürgschaft für ausreichend oder erforderlich erklären. Der Umstand, daß das Gericht aus Gründen, die alsbald dargelegt werden sollen, regelmäßig anordnen wird, daß die Sicherheit durch Bürgschaftserklärung einer Großbank, also eines Vollkaufmanns, zu bewirken sei, nach § 349 HGB. aber die Bürgschaft eines solchen, wenn sie sich für ihn als ein Handelsgeschäft darstellt, grundsätzlich selbstschuldnerischer Natur ist, kann in prinzipieller Hinsicht an diesem Ergebnis nichts ändern. Freilich ist festzustellen, daß den Zwecken einer prozessualen Sicherheitsleistung nur eine selbstschuldnerische Bürgschaft gerecht werden wird. Daher wird auch anzunehmen sein, daß, wenn das Gericht über die Art der zu leistenden Bürgschaft keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat, die für die bürgerlich-rechtliche Sicherheitsleistung nach § 239 BGB. maßgebenden Gesichtspunkte auch hier maßgebend sein sollen, mangels besonderer Bestimmung die Bürgschaft also als selbstschuldnerische zu bestellen ist.

Es entscheidet also über alle Voraussetzungen das Gericht nach freiem Ermessen, ohne an die Bestimmungen des BGB. über Sicherheitsleistungen gebunden zu sein. Eine einzige Schranke nur ist dem Gericht in dieser Beziehung auferlegt, nämlich die Verpflichtung, nicht willkürlich zu verfahren, sondern auf die Parteiinteressen Rücksicht zu nehmen und sie gegeneinander abzuwägen.[1] Darüber hinaus aber bestehen keine Schranken. Hält das Gericht nun eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft im jeweils vorliegenden Falle mit den Parteiinteressen für vereinbar, und läßt es daher diese Art der Sicherheitsleistung zu, so wird es nicht umhin können, sich weiter einer Prüfung in der Richtung zu unterziehen, ob durch Bestellung der betreffenden Bürgschaft dem Sicherungsberechtigten auch tatsächlich die erforderliche Sicherheit gewährt wird, es wird also, kurz gesagt, in jedem Einzelfalle die Vermögensverhältnisse des Bürgen prüfen müssen. Regelmäßig werden nun die Vermögensverhältnisse eines für die Zwecke einer Prozeßsicherheitsleistung brauchbaren Bürgen auf so breiter Grundlage aufgebaut sein müssen, daß er nach menschlicher Voraussicht selbst große Wirtschaftskrisen, wie wir sie erlebt haben, zu überstehen vermag.[2] Da jedoch keinerlei Zwang für das Gericht besteht, die Person des Bürgen ausdrücklich zu bezeichnen oder auch nur den Kreis der möglichen Bürgen irgendwie näher zu bestimmen, so wird das Gericht, falls nicht überwiegende Parteiinteressen eine Ausnahme rechtfertigen, um zeitraubende Verhandlungen über die Vermögensverhältnisse eines Bürgen zu ersparen, nur solche Bürgen zur Sicherheitsleistung zulassen, deren Sicherheit über jeden Zweifel erhaben ist und einer näheren Nachprüfung nicht bedarf. So wird denn in der Praxis auch regelmäßig bestimmt, daß die Sicherheit durch Bürgschaft einer Großbank, etwa einer D-Bank zu leisten sei.

Auch über das bei Bestimmung der Art der Sicherheit einzuschlagende Verfahren sagt das Gesetz nichts. Jedoch sind sich hier Schrifttum und Rechtsprechung darin einig, daß, soweit die Anordnung der Sicherheitsleistung eines Antrages bedarf, was bei den im Gebiete der Zwangsvollstreckung liegenden Fällen der Sicherheitsleistung die Regel bildet, die Entscheidung über die Pflicht und die Höhe der Sicherheitsleistung nur auf Grund mündlicher Verhandlung im Urteil erfolgen könne, soweit nicht §§ 251 a, 331 a, § 7 der Entlastungsverordnung Platz greifen.[3] Bestritten aber ist

---

1) J.W. 1923, S. 23.
2) Kann in J.W. 1923, S. 23, Anm.
3) Gaupp-Stein, Anm. 7 zu § 710.

oder richtiger war es, ob eine Bestimmung über die Art der Sicherheitsleistung bereits in dem die Sicherheitsleistung zulassenden Urteil getroffen werden müsse, oder auch nach Erlaß des Urteils in einem besonderen Beschluß erfolgen könne. Nachdem das RG. den Standpunkt vertreten hat, daß, sofern es sich nur um einen der Fälle handelte, in denen nach früherem Recht eine Bestimmung des Gerichts über die Art der Sicherheit möglich war, das Gericht, das in einem Urteil oder Beschluß die Sicherheitsleistung angeordnet, jederzeit berechtigt sei, durch nachträglichen Beschluß über die Art der Sicherheitsleistung zu befinden,[4] haben sich Schrifttum und Gerichtsgebrauch dem angeschlossen.[5] Eine andere Ansicht wird in dieser Frage nur noch vereinzelt vertreten, so von Falkmann.[6] Jedenfalls führt lediglich die herrschende Ansicht zu praktisch brauchbaren Ergebnissen. Und zwar hat nach der herrschenden Ansicht diesen Beschluß immer dasjenige Gericht zu treffen, das auch die vorhergehenden Entscheidungen, nämlich über die Sicherheitsleistung selbst und ihre Höhe, getroffen hat.[7] Soweit nun über diese Fragen ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, immer also, wenn es sich um die Bestimmung der Art der Sicherheit handelt, kann die im Urteil getroffene Entscheidung nachträglich geändert werden.[8]

II. Kapitel.

Die Leistung der Sicherheitsbürgschaft.

Wie ist nun die Leistung einer vom Gericht nachgelassenen oder angeordneten Bürgschaftssicherheit zu bewirken?

Der Beantwortung dieser Frage sei folgendes vorausgeschickt, was sowohl für ihre Behandlung, als auch für die der weiteren hier zu erörternden Fragen von gleicher entscheidender Bedeutung ist. Das Rechtsinstitut der Bürgschaft ist vom BGB. in umfassender Weise geregelt worden. Abgesehen von wenigen in anderen Gesetzen, so im HGB. enthaltenen Ausnahmevorschriften, bestimmen sich Begründung und Erlöschen, Inhalt und Umfang des Bürgschaftsverhältnisses ausschließlich nach dem BGB. Hier tritt nun die Bürgschaft als zulässiges Mittel einer prozessualen Sicherheitsleistung in Erscheinung. Diese ihr hier gegebene Zweckbestim-

---

4) RG. in J.W. 1896, S. 70, Nr. 8; J.W. 1899, S. 41, Nr. 56.

5) OLG., Stuttgart in Württbg. Ztg. 1924, 167; OLG., Zelle in ZZP. 49, 222; RG. in J.W. 23,23; Hein a. a. O. S. 52; OLG., Königsberg J.W. 25, 831; Gruchot Beitr. 40, 1189.

6) Falkmann, a. a. O. S. 323.

7) Gruchot Beiträge 38, 178; Gaupp-Stein, Anm. 8 zu § 718; OLG. 21, 104.

8) Gruchot Beiträge 40, 1189.

mung und der Umstand, daß auf dem Gebiete der prozeßrechtlichen Sicherheitsleistung im weitesten Maße das „freie richterliche Ermessen“ bestimmend ist, sind nun von ausschlaggebendem Einfluß auf die rechtliche Ausgestaltung des Bürgschaftsverhältnisses, ja führen sogar, soweit dies zu einer Verwertung der Bürgschaft als Mittel der Sicherheitsleistung erforderlich, zu einer Abweichung von den an und für sich allein für sie maßgebenden Vorschriften des BGB. So sagt das RG. in einer Entscheidung vom 10. 7. 02. über die Sicherheitsleistung in den Fällen, in denen schon vor der Zivilprozeßnovelle vom 13. Februar 1924 das freie Ermessen des Gerichts ausschlaggebend und damit Sicherheitsleistung durch Bürgschaft möglich war, nämlich beim Arrest und der einstweiligen Verfügung: „Es ist nicht abzusehen, was dem entgegenstehen könnte, das freie Ermessen des Gerichts bei Bestimmung der durch Bürgschaft zu leistenden Sicherheit auf die der Eigenart des Rechtsbehelfes des Arrestes entsprechende rechtliche Ausgestaltung des Bürgschaftsverhältnisses zu erstrecken, zumal ohne diese Erstreckung die Bürgschaft als Sicherheitsleistung sich bei Arrest und einstweiliger Verfügung in der Regel gar nicht würde verwerten lassen[1].“

Diese Gesichtspunkte seien als richtunggebend der Behandlung der einzelnen Fragen vorangestellt.

Wie ist die Sicherheitsbürgschaft nun zu leisten?

Nach § 765 BGB. verpflichtet sich durch die Bürgschaftserklärung der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Die Uebernahme der Bürgschaft erfolgt also durch Abschluß eines Vertrages zwischen Bürgen und Gläubiger. Der Vertrag bedarf nach §§ 350, 351 HGB. keiner besonderen Form, wenn die Bürgschaft von einem Vollkaufmann, z. B. einer Großbank, im Betriebe seines Handelsgewerbes übernommen wird, grundsätzlich aber ist zu seiner Gültigkeit nach § 766 BGB. schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich.

Die Bürgschaft ist also zunächst ein Vertrag, und zwar zwischen Bürgen und Gläubiger; eine Mitwirkung des Schuldners ist nicht erforderlich. Während hier früher vereinzelt die Ansicht vertreten wurde, daß die Leistung einer Prozeßsicherheitsbürgschaft abweichend vom bürgerlichen Recht nicht gegenüber der Partei, also dem Gläubiger, sondern gegenüber dem Gericht zu erklären sei,[2] hat sich die

1) RG., J.W. 02, 449; 23,23.
2) Siehe OLG., Hamburg in Hamburg. GZ. 02, Beiblatt 180.

Rechtsprechung in der Folgezeit von solchen Fehlschlüssen freigehalten und den allein haltbaren Standpunkt vertreten, daß das Zustandekommen auch einer Prozeßsicherheitsbürgschaft grundsätzlich nach bürgerlichem Recht zu beurteilen sei, also einen Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger erfordere. Denn mag auch das Gericht an die Bestimmungen der §§ 232 ff BGB. über Bürgschaftssicherheiten nicht gebunden sein, mag auch, wie festgestellt, dem Verfahrensrecht, dort, wo unumgänglich notwendig, ein Einfluß auf die Ausgestaltung des Bürgschaftsverhältnisses auch in materieller Hinsicht zuzugestehen sein, niemals kann dies dazu führen, daß man die Bürgschaft ihrer vom BGB. festgelegten Vertragsnatur entkleidet und damit auf eine vollkommen veränderte rechtliche Grundlage stellt. Auch hier im Prozeß ist und bleibt zur Bestellung einer rechtsgültigen Bürgschaft, wie es das BGB. verlangt, ein Vertrag zwischen Bürgen und Sicherheitsgläubiger erforderlich.

Ein solcher Bürgschaftsvertrag kann nun auf verschiedene Weise abgeschlossen werden. Dem Grundsatz nach verlangt § 766 Abs. 1 BGB. Erteilung der Bürgschaftserklärung an den Gläubiger in schriftlicher Form. Nun wird, wie ausgeführt, das Gericht aus Zweckmäßigkeitsgründen in der Mehrzahl der Fälle nur absolut sichere größere Banken zur Bürschaftsleistung zulassen. Es bedarf aber nach §§ 350, 351 HGB. ein Bürgschaftsvertrag keiner besonderen Form, wenn die Bürgschaft von einem Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes übernommen wird. Da diese Voraussetzungen bei Uebernahme einer Bürgschaft durch eine Großbank regelmäßig vorliegen werden, so würde die Bürgschaftserklärung einer Großbank an sich auch formlos, d. h. mündlich abgegeben, einen gültigen Bürgschaftsvertrag herbeizuführen geeignet sein. Hier erhebt sich jedoch die Frage, ob einer solchen mündlichen Erklärung nicht die Grundsätze des Verfahrensrechts entgegenstehen, d. h. ob nicht der Umstand, daß die Bürgschaftserklärung hier im Zusammenhang mit einem Prozeßverfahren abzugeben ist, die Mündlichkeit der Erklärung ausschließt. Hierzu führt Sonnen in einer Abhandlung über „die Bürgschaft zwecks Sicherheitsleistung im Prozeß" aus, daß auch für Kaufleute eine mündliche Bürgschaftserklärung zwecks Sicherheitsleistung im Prozeß nicht in Betracht komme, da die Prozeßordnung mündliche Erklärungen außerhalb der mündlichen Verhandlungen zwischen den Parteien außer in der Beweisaufnahme nicht kenne, daß eine solche Bürgschaftserklärung vielmehr stets nur schriftlich erteilt werden könne.[3] Diesen Ausführungen

3) Sonnen, S. 29.

ist jedoch nicht zu folgen. Denn mag auch zugegeben werden, daß die Leistung einer prozessualen Sicherheit an und für sich zum Prozeßbetrieb gehört, also eine Prozeßhandlung darstellt, da sie dazu bestimmt ist, im Zwangsvollstreckungsverfahren ihre Wirkungen zu äußern und das Zwangsvollstreckungsverfahren zum Prozeßverfahren im weiteren Sinne gehört, keinesfalls erhellt jedoch, inwiefern sich eine zwecks Herbeiführung einer Prozeßsicherheitsleistung abgegebene Bürgschaftserklärung als Parteierklärung darstellt. Denn der Bürgschaftsvertrag kann, wie ausgeführt, der Regel des § 756 BGB. entsprechend, durch Vereinbarung lediglich zwischen dem Bürgen, also einer dritten, außerhalb des Prozeßbetriebs stehenden Person und dem Gläubiger zustande kommen, ohne daß es der geringsten Mitwirkung des die Partei bildenden sicherungspflichtigen Schuldners bedarf, wenn auch zuzugeben ist, daß der Schuldner stets insofern wenigstens mittelbar beteiligt ist, als in der Abgabe der Bürgschaftserklärung durch den Dritten zugleich die Leistung der dem Schuldner nachgelassenen Sicherheit liegt. Liegt aber keine Parteierklärung vor, und es ist dies auch dann nicht der Fall, wenn die Erklärung durch Vermittlung des Schuldners abgegeben wird, wovon noch weiter unten die Rede sein soll, da die Bürgschaftserklärung doch stets eine Erklärung des Bürgen bleibt, so folgt daraus, daß beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 350, 351 HGB. auch die lediglich mündlich abgegebene Erklärung des Bürgen einen gültigen Bürgschaftsvertrag würde herbeiführen können.

Im Ergebnis stimmen hiermit Wunderlich in einer Abhandlung über „die prozessuale Sicherheitsleistung durch Bürgschaft" und eine Entscheidung des OLG. Dresden vom 23. Februar 1926 überein.[4]

Eine solche mündliche Erklärung einer Bank könnte vom Sicherungsberechtigten nur gemäß § 147 Abs. I BGB., d. h. sofort, angenommen werden. Freilich ist zugleich festzustellen, daß der Möglichkeit einer solchen mündlichen Bürgschaftserklärung wohl mehr theoretische Bedeutung beizumessen ist, während sie für die Praxis aus Gründen, die auf den eigentümlichen rechtlichen Verhältnissen einer prozessualen Sicherheitsleistung und ihren Zwecken beruhen, und auf die im folgenden noch einzugehen ist, kaum in Betracht kommen dürfte. Jedenfalls aber ist diese Möglichkeit gegeben.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, daß der Bürge die Bürgschaftserklärung in der vom BGB. im § 766 Abs. 1 für Bürg-

4) Wunderlich, in J.W. 26, S. 2559; OLG. Dresden, in J.W. 26, S. 850.

schaftserklärungen als Grundsatz aufgestellten Schriftform abgibt, also eine Urkunde über seine Verpflichtung ausstellt. Was zur Schriftform gehört, bestimmt § 126 BGB., wonach die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden muß. Inhaltlich müßte die Urkunde die Person des Schuldners, die Schuld, für die gehaftet werden soll, und die Person des Gläubigers angeben,[5] was zweckmäßig durch die genaue Bezeichnung des die Sicherheitsleistung zulassenden Urteils nach Parteien, Gericht und Tag der Verkündung, sowie des die Bürgschaft als Sicherheitsart zulassenden Beschlusses geschehen würde.

Nun verlangt § 766 Abs. 1 BGB. zwecks Herbeiführung eines Bürgschaftsvertrages die „Erteilung" der in schriftlicher Form ausgestellten Bürgschaftserklärung. Erteilt ist die Erklärung nicht schon mit der Unterzeichnung der sie enthaltenden Urkunde. Die Herstellung dieser Urkunde und ihre Unterzeichnung stellen sich als bloße Vorbereitungshandlungen dar. Erteilt ist sie vielmehr erst mit der Ueberreichung der sie enthaltenden Urkunde an den anwesenden oder der Zusendung an den abwesenden Gläubiger. Wirksam wird sie erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Gläubiger im Sinne von § 130 BGB. zugeht, in dem er die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Urkunde erlangt. Zwar bezieht sich § 130 BGB. nach seinem Wortlaut nur auf Erklärungen gegenüber Abwesenden, er ist jedoch auch auf solche unter Anwesenden anwendbar.[6] Die so erteilte Bürgschaftserklärung bedarf zum Zustandekommen eines Bürgschaftsvertrages an und für sich nach bürgerlichem Recht noch der Annahme durch den Gläubiger. Diese Annahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, und sie ist formlos gültig; denn § 766 BGB. fordert schriftliche Form nur für die Bürgschaftserklärung, nicht auch für den Bürgschaftsvertrag, d. h. die Annahme der Erklärung. Eine solche Annahmeerklärung würde insbesondere in der widerspruchslosen Entgegennahme der Bürgschaftsurkunde liegen.[7]

Auf diesem Wege kann der Bürge den Bürgschaftsvertrag nun selbst herbeiführen, indem er die Erteilung der Bürgschaftserklärung an den Sicherheitsgläubiger eigenhändig vornimmt, er kann sich aber auch, und dies Verfahren bildet in der Praxis bei Leistung

---

5) RGR. Komm., Nr. 3 zu § 766; RG. 57, 260.

6) RGR. Komm., Nr. 3 zu § 766; Staudinger zu § 766 1 b; RG. 61,414; J.W. 1905 S. 488, Nr. 4; Staub, Anm. 2 zu § 349.

7) Warneyer, Rechtsprechung 1915, Nr. 49; J.W. 1906, S. 714, Nr. 11; Staub 2 b zu § 349; RG. 57, 66.

von Prozeßsicherheitsbürgschaften die Regel, der Vermittlung des Sicherheitsschuldners bedienen. Es würde nämlich zur Herbeiführung eines gültigen Bürgschaftsvertrags genügen, wenn der Bürge die von ihm ausgestellte Urkunde dem Sicherheitsschuldner aushändigte und diesem dann das Weitere überließe. In der Ausfolgung der Urkunde an den Sicherheitsschuldner würde alsdann die Ermächtigung für diesen liegen, im Namen des Bürgen mit dem Sicherheitsgläubiger einen Bürgschaftsvertrag abzuschließen und, da es nur auf diesen Willen des Bürgen ankommt, würde mit der Empfangnahme der Urkunde durch den Gläubiger, die zugleich dessen Annahmeerklärung darstellen würde, ein Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger zustande kommen.[8] Der Schuldner seinerseits könnte die Bürgschaftsurkunde dem Gläubiger direkt übergeben oder zugehen lassen, wie auch, da es sich hier um eine prozeßrechtliche Sicherheitsleistung handelt, den durch die §§ 170, 198 ZPO. gegebenen Weg der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher bezw. der Zustellung von Anwalt zu Anwalt wählen. Wenn Wunderlich in seinem Aufsatz behauptet, daß im Falle der Erteilung einer Bürgschaftsurkunde an den Schuldner, dieser die Urkunde dem Gläubiger stets in den Formen der §§ 170, 198 ZPO., also durch Zustellung übermitteln müsse, so dürfte dem nicht beizustimmen sein.[9] Denn, wie ausgeführt, richtet sich das Zustandekommen auch eines solchen Bürgschaftsvertrags, der den Zwecken einer Prozeßsicherheitsleistung dienen soll, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Danach aber würde auch eine ohne Beobachtung der Formen der §§ 170, 198 ZPO. dem Gläubiger zugegangene und von diesem angenommene Bürgschaftserklärung einen zivilrechtlich und damit notwendigerweise auch prozeßrechtlich wirksamen Bürgschaftsvertrag herbeizuführen geeignet sein. So denn auch Breit in seiner Abhandlung.[10] In der Praxis wird dieser Vorgang sich freilich wohl fast stets so abspielen, daß der Sicherheitsschuldner die Bürgschaftsurkunde dem Sicherheitsgläubiger zustellen läßt bezw. sie seinem Anwalt übergibt, und dieser nun dem Gegner die Urkunde, oder was den Regelfall bilden wird, eine beglaubigte Abschrift der Urkunde zustellt, die Urkunde selbst aber bei seinen Akten zurückbehält.

Es könnte nun zweifelhaft sein, ob dieses letztgenannte Verfahren, nämlich die Zustellung nur einer beglaubigten Abschrift der

8) RG. 11, 266; 57, 66; 62, 382; Crome a. a. O. S. 872, Anm. 36; Dernburg a. a. O. S. 344, Anm. 10; Staub, Anm. 9 zu § 349.
9) Wunderlich a. a. O. S. 2559.
10) Breit, a. a. O. S. 169.

Bürgschaftsurkunde an den Vertragsgegner genügt. Denn wenn das Gesetz im § 766 BGB. schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung an den Gläubiger verlangt, so will es damit offenbar zum Ausdruck bringen, daß die diese Erklärung enthaltende Urkunde in der Regel dem Empfänger der Erklärung ausgehändigt werden, dieser also ein Recht auf Uebermittlung der Urkunde selbst haben solle,[11] einmal, damit er sie als Beweismittel in Händen hält, zum andern, damit er die Möglichkeit hat, sich davon zu überzeugen, ob die Form gewahrt, insbesondere auch die richtigen Unterschriften in der erforderlichen Zahl auf ihr sind. An und für sich müßte also die Bürgschaftserklärung dem Gläubiger in Urschrift übermittelt werden. Es wird aber die Gültigkeit eines Bürgschaftsvertrages auch dann nicht in Zweifel gezogen werden können, wenn die Erklärung dem Gläubiger nur in beglaubigter Abschrift zugestellt wird. Denn hier greift das Verfahrensrecht ein. Hier, wo die Bürgschaft den Zwecken einer prozeßrechtlichen Sicherheitsleistung dienen soll, muß eine den Formvorschriften der §§ 170, 198 ZPO. entsprechende Mitteilung der Bürgschaftsurkunde, also die Zustellung einer beglaubigten Abschrift, der Aushändigung der Urkunde gleichgeachtet werden. Die Kenntnis des genauen Inhalts der Bürgschaftserklärung kann der Gläubiger sich aus der beglaubigten Abschrift mit der gleichen Zuverlässigkeit verschaffen, wie aus der Urschrift selbst; es wäre daher nicht zu rechtfertigen, insoweit einen Unterschied zu machen.[12]

Es ist nun in der Praxis von den Gerichten, besonders in der ersten Zeit nach Neufassung des § 108 ZPO., mit Rücksicht auf § 108 Abs. 1 Satz 2 in Fällen der Leistung von Bürgschaftssicherheiten verschiedentlich angeordnet worden, daß die Bürgschaft durch Hinterlegung zu leisten sei. Die Praxis hat sich also zum Teil in Ermangelung abweichender Bestimmungen den gesetzlichen Vorschriften für die normale Sicherheitsleistung auch bei der Leistung von Bürgschaftssicherheiten angeschlossen, die Bürgschaftsleistung wie ein Wertpapier behandelt und damit den Standpunkt vertreten, daß eine Bürgschaftssicherheit gültig auch durch bloße Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde geleistet werden könne, jedenfalls aber die Hinterlegung der Urkunde einen zur ordnungsmäßigen Sicherheitsleistung rechtlich notwendigen Akt darstelle. Es bedarf daher einer kurzen Prüfung, welche Stellung die Hinterlegungsstelle bei Leistung solcher Prozeßsicherheitsbürgschaften einnimmt, ob insbesondere eine

11) RGR. Komm. Nr. 3 zu § 766.
12) So auch OLG., Dresden a. a. O. S. 850; Sonnen S. 29.

Sicherheitsbürgschaft gültig durch bloße Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde herbeigeführt werden kann, ob schließlich eine solche Hinterlegung überhaupt rechtlich notwendig, ja im Einzelfall stets möglich ist.

Das Wesen der Hinterlegungsstellen ist gemäß Art. 144—146 EG. zum BGB. im Landesrecht geregelt. In Preußen ist sie nach der Hinterlegungsordnung vom 21. April 1913 nur staatlicher Verwahrer. Wer hinterlegt, schließt mit dem Staate einen Verwahrungsvertrag, der die Natur eines Vertrags zugunsten Dritter hat. An hinterlegtem Geld und Wertpapieren erhält der Berechtigte ein gesetzliches Pfandrecht. Eine Sicherheitsleistung erfolgt nun nach § 108 Abs. 1 Satz 2 durch Hinterlegung, wenn Geld oder Wertpapiere als Sicherheit gegeben werden sollen. Nun ist die Bürgschaftsurkunde zweifelsohne kein Wertpapier, denn sie ist nicht Wertträger; nach § 1 HO. sind aber auch alle sonstigen Urkunden zur Hinterlegung geeignet, es ist also auch die Bürgschaftsurkunde an und für sich hinterlegungsfähig.

Es ist jedoch festzustellen, daß eine solche Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde rechtlich völlig belanglos ist und keinesfalls zu den gesetzlichen Erfordernissen der rechtswirksamen Leistung einer Sicherheitsbürgschaft gehört. Denn die Vorschrift des § 108 Abs. 1 Satz 2 ist, wie die Mehrzahl der sonstigen Bestimmungen der ZPO. über Sicherheitsleistung, nur auf die bisher die Regel bildende Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren und nur auf diese zugeschnitten und auf die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Das Gericht kann daher, da ihm, wie festgestellt, nur für die Wahl der Art und Höhe, nicht auch für die Bestimmung des Zustandekommens der zu leistenden Sicherheit freies Ermessen gewährt worden ist, Leistung einer Sicherheitsbürgschaft durch Hinterlegung gültig nicht anordnen.[13] Die Notwendigkeit einer Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde ist schlechterdings überhaupt nicht einzusehen. Denn während bei der Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren durch die Hinterlegung und nur durch diese die Rechte des Sicherheitsgläubigers zur Entstehung gelangen, und Hinterlegung und Sicherheitsleistung derart zusammenfallen, daß das eine ohne das andere begrifflich nicht denkbar ist, ist die Sachlage bei Leistung einer Sicherheitsbürgschaft doch eine ganz andere. Hier entstehen die Rechte des Sicherheitsgläubigers mit dem Abschluß eines gültigen Bürg-

13) So OLG. Dresden a. a. O. S. 850; Breit a. a. O. S. 167—169; Sonnen S. 30; Wunderlich S. 2559.

schaftsvertrages. Der aber setzt nach dem Ausgeführten, da § 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO. nicht anwendbar, die Abgabe einer Bürgschaftserklärung und deren Zugehen an den Gläubiger voraus. Nur hieran, nicht auch an der Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde kann der Sicherheitsgläubiger daher ein Interesse haben. Die Hinterlegung dieser Urkunde ist für ihn völlig bedeutungslos, sie kann bestenfalls einer sicheren Aufbewahrung dienen. Ja, es ist sogar die Frage aufzuwerfen, ob die Hinterlegungsstelle überhaupt in jedem Falle verpflichtet ist, einem Hinterlegungsgesuch des Sicherheitsleistenden stattzugeben, ob sie nicht vielmehr gegebenenfalls nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht zur Ablehnung eines solchen Gesuchs hat. Zweifellos ist die Hinterlegungsstelle zur Annahme der Urkunde dann verpflichtet, wenn vom Gericht die Hinterlegung angeordnet worden ist, da alsdann die nach § 4 Nr. 1 HO. erforderliche Entscheidung einer zuständigen Behörde vorliegen würde. In diesem Falle wäre dem Sicherheitsschuldner zu empfehlen, die Urkunde unter Verzicht auf das Recht der Zurücknahme zur Verfügung des Gläubigers zu hinterlegen und dem Gläubiger Hinterlegungsschein wie Bürgschaftsurkunde in beglaubigter Abschrift zustellen zu lassen. Eine gültige Bürgschaft würde freilich, wie ausgeführt, durch den Hinterlegungsakt allein niemals zustande kommen können. Liegt eine solche Anordnung des Gerichts aber nicht vor, so wird die Hinterlegungsstelle einen gleichwohl gestellten Hinterlegungsantrag gemäß § 4 Nr. 1 HO. grundsätzlich ablehnen müssen, wenn nicht besondere, die Hinterlegung rechtfertigende Tatsachen angegeben werden. Diese aber liegen in der bloßen Tatsache der durch das Gericht als Art der Sicherheitsleistung zugelassenen Bürgschaft nicht, da für die Sicherheitsbürgschaft weder im § 232 BGB., noch sonst eine Hinterlegung vorgesehen ist.[14]

Es ergibt sich damit, daß die Hinterlegungsstelle bei der ganzen prozessualen Sicherheitsbürgschaft eine Rolle von rechtswesentlicher Bedeutung nicht spielt, vielmehr die Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde in jedem Fall ein Vorgang ist, der rechtlich völlig jenseits der Sicherheitsleistung liegt

Somit ist als Ergebnis der gesamten vorstehenden Untersuchung zusammenfassend festzustellen, daß die Bürgschaftssicherheit auf verschiedene Weise, und zwar durch mündliche oder schriftliche Bürgschaftserklärung herbeigeführt werden kann. Als gangbarster und praktisch allen Anforderungen am besten gerechtwerdender Weg aber ist dem Schuldner zu empfehlen, sich vom Bürgen eine Bürgschafts-

14) So auch Wunderlich a. a. O. S. 2559/60.

urkunde aushändigen und diese dem Gläubiger im Wege des § 170 bezw. 198 ZPO. zustellen zu lassen.

Nun ist es denkbar, daß sich der Gläubiger gegenüber einem ihm ordnungsgemäß gemachten Bürgschaftsangebot, sei es, daß der Bürge hierbei selbst tätig geworden, sei es, daß der Schuldner hierbei als Vermittler aufgetreten ist, ablehnend verhält, also erklärt, er nehme das Bürgschaftsangebot nicht an. Es entsteht daher die Frage, welche Bedeutung einer solchen Erklärung beizumessen und wie hier dem Schuldner, dem vom Gericht Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nachgelassen worden ist, zu helfen wäre.

Die Bürgschaft ist, wie ausgeführt, ein Vertrag. Verträge aber kommen nach bürgerlichem Recht zustande durch Antrag und Annahme. Es bedarf also auch ein Bürgschaftsangebot zum Abschluß eines Bürgschaftsvertrags an und für sich der Annahme. Nun würde es mit der Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung durch das freie Ermessen des Gerichts schlechthin unvereinbar sein, wollte man dem Sicherheitsberechtigten die Möglichkeit zugestehen, durch Verweigerung der Annahme einer ihm gemachten Bürgschaftserklärung die Leistung einer dem Schuldner nachgelassenen Bürgschaftssicherheit zu verhindern. Es würde in diesem Fall in Wahrheit nicht das freie Ermessen des Gerichts für die Art der Sicherheitsleistung bestimmend sein, sondern das freie Ermessen des Gerichts vom guten Willen des Sicherheitsberechtigten beherrscht werden. Ist daher nun einmal in § 108 ZPO. die Bestimmung der Art der zu leistenden Sicherheit vom freien Ermessen des Gerichts abhängig gemacht worden, und hat das Gericht angeordnet, daß die Sicherheit durch Bürgschaft zu leisten sei, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß es zur Leistung einer solchen Bürgschaftssicherheit auf die Anahmeerklärung des Sicherheitsberechtigten schlechterdings nicht ankommen kann. Es soll damit nun keineswegs behauptet werden, daß eine Bürgschaft, die den Zwecken einer Prozeßsicherheitsleistung zu dienen bestimmt ist, der der Bürgschaft nach bürgerlichem Recht sonst innewohnenden Vertragsnatur entkleidet sei. Auch eine solche Bürgschaft ist und bleibt, wie ja bereits festgestellt, ein Vertrag. Da aber Ursprung und Grund einer solchen Prozeßsicherheitsbürgschaft nicht die freie Parteivereinbarung, sondern ein Gerichtsspruch ist, ist die Erklärung des Sicherheitsberechtigten, daß er die Annahme des ihm gemachten Bürgschaftsangebots verweigere, unerheblich; die nach bürgerlichem Recht erforderliche Annahmeerklärung des Berechtigten wird durch den die Sicherheitsbürgschaft zulassenden Gerichtsbeschluß ersetzt. Es

kommt somit, wenn nur der Sicherheitsschuldner bezw. der Bürge seinerseits alle Voraussetzungen erfüllt hat, von denen die Herbeiführung eines wirksamen Bürgschaftsvertrages abhängig ist, ohne weiteres zwischen Sicherheitsgläubiger und Bürgen ein nach §§ 765 ff BGB. zu beurteilendes Rechtsverhältnis zustande, ein Widerspruch des Sicherheitsgläubigers ist unbeachtlich. So denn auch Sonnen und Wunderlich in ihren Ausführungen.[15] Derartige Zwangsverträge, denn um einen solchen handelt es sich hier, sind ja, wie die Ersetzung von Privatwillenserklärungen durch staatlichen Hoheitsakt überhaupt, dem heutigen Rechte nichts Unbekanntes, ja spielen zum Teil eine nicht unbedeutende Rolle in ihm. Es sei hier nur auf die Zwangsverträge des Wohnungsnotrechts verwiesen.

Es kommt demnach ein Bürgschaftsvertrag zustande, sobald alle seine Voraussetzungen erfüllt sind, wobei nur die Annahmeerklärung des Gläubigers durch den Gerichtsbeschluß ersetzt wird. Die außer dieser Annahmeerklärung erforderlichen Voraussetzungen sind, wie dargelegt, bei zugelassener Mündlichkeit Abgabe einer mündlichen Bürgschaftserklärung und ihre Kenntnisnahme durch den Gläubiger, bei Schriftlichkeit Ausstellung einer Bürgschaftsurkunde und deren Zugehen an den Gläubiger.

Sobald daher der Bürge bezw. der Schuldner als Vermittler des Bürgen dem Gläubiger eine ordnungsgemäße mündliche Bürgschaftserklärung abgegeben und der Gläubiger von ihr Kenntnis genommen hat, oder der Bürge eine Urkunde über seine Verpflichtung ausgestellt hat und diese dem Gläubiger zugegangen ist, ist eine zivilrechtliche wie prozeßrechtliche Wirkungen äußernde Bürgschaftssicherheit geleistet, hat also der Sicherheitsberechtigte die Rechte eines Bürgschaftsgläubigers erlangt, ohne daß es noch einer besonderen Annahme seinerseits bedürfte. Sollte der Sicherheitsberechtigte das Zugehen einer schriftlichen Bürgschaftserklärung an ihn zu verhindern suchen, so müßte der Sicherheitsschuldner ihm zwecks Herbeiführung eines gültigen Vertrags, falls er nicht von vornherein den Weg des § 170 ZPO. gewählt hatte, die Urkunde durch den Gerichtsvollzieher zustellen lassen, da alsdann nach § 132 BGB. die Bürgschaftserklärung in jedem Fall als dem Sicherheitsberechtigten zugegangen gelten würde.

Es mag nun zugegeben werden, daß die Annahme eines solchen Zwangsvertrags mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung gewissen rechtlichen Bedenken unterliegt. So wird denn auch, so-

15) Sonnen S. 30; Wunderlich S. 2558.

weit in Schrifttum und Rechtsprechung zu diesen Fragen bisher überhaupt Stellung genommen worden ist, und es ist dies nur in ganz geringem Umfang geschehen, vereinzelt ein abweichender Standpunkt, nämlich der Standpunkt vertreten, daß im Falle der Ablehnung des ihm gemachten Bürgschaftsangebots, abgesehen von der etwaigen Möglichkeit einer nachträglichen Annahme, der Sicherheitsberechtigte die Rechte eines Bürgschaftsgläubigers zunächst nicht erwerbe, ein zivilrechtlich gültiger Bürgschaftsvertrag nicht zustande komme.[16] Aber auch diese Ansicht stimmt in einem und gerade dem wichtigsten Punkte mit der hier vertretenen überein, und es sind sich auch Schrifttum und Rechtsprechung hierin einig, daß es nämlich niemals zu einer wirksamen Sicherheitsleistung durch Bürgschaft im Sinne des § 108 ZPO. der Annahmeerklärung des Sicherheitsberechtigten bedürfe. Mag man sich daher auf den Standpunkt stellen, daß auch ohne eine solche Annahmeerklärung ein zivilrechtlich gültiger Bürgschaftsvertrag zustande komme, mag man dies bestreiten, immer sind, und darauf kommt es ja letzten Endes nur an, sobald der Sicherheitsschuldner auch nur seinerseits alle Voraussetzungen erfüllt hat, die ihm zur Herbeiführung einer ordnungsmäßigen Sicherheitsbürgschaft zu erfüllen übrig bleiben, die zivilprozessualen Wirkungen einer vollzogenen Sicherheitsleistung eingetreten, ohne Rücksicht auf eine Annahme oder deren Verweigerung durch den Berechtigten. Denn in jedem Fall ist dem Sicherheitsschuldner, wenn ihm Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nachgelassen oder auferlegt ist, vom Gericht nicht mehr aufgegeben worden, als einen tauglichen Bürgen ausfindig zu machen und dessen Bürgschaft dem Sicherheitsberechtigten ordnungsmäßig anzubieten. Mit der Stellung dieses Bürgen, die mit dem Angebot der Bürgschaftserklärung vollzogen sein würde, würde der Schuldner das getan haben, was ihm auferlegt worden ist, und würden notwendigerweise die prozeßrechtlichen Wirkungen einer vollzogenen Sicherheitsleistung eingetreten sein.[17]

Dieses Ergebnis steht auch allein mit den in § 162 BGB. aufgestellten Grundsätzen in Einklang. § 162 BGB. bestimmt, daß eine Bedingung dann als eingetreten gelten solle, wenn ihr Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. Bei den Hauptfällen zivilprozessualischer Sicherheitsleistungen, der Sicherheitsleistung zwecks Ermög-

16) Breit S. 163.
17) OLG., Dresden a. a. O. S. 85; Breit a. a. O. S. 163.

lichung oder Abwendung der Zwangsvollstreckung, auf die sich die Abhandlung ja beschränkt, kann man insofern von dem Vorliegen einer Bedingung sprechen, als von der Leistung der Sicherheit die Durchführung der Zwangsvollstreckung bezw. die Abwendung dieser Durchführung abhängig ist. Nun kann die Vorschrift des § 162 BGB., da sie nur für rechtsgeschäftliche Bedingungen bestimmt ist, naturgemäß auf diese Fälle unmittelbar nicht angewendet werden. Wohl aber sind auch hier die in ihr zum Ausdruck gekommenen und nicht nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr, sondern das gesamte Rechtsleben in gleicher Weise geltenden Grundsätze von Treu und Glauben als maßgebend zu berücksichtigen. Diesen Grundsätzen aber würde allein ein solches Ergebnis gerecht werden, das besagt, daß, wenn der Sicherheitspflichtige die ihm nachgelassene Bürgschaftssicherheit leisten will, der Sicherheitsberechtigte aber versucht, diese Sicherheitsleistung, also gleichermaßen den Eintritt der Bedingung, dadurch zu verhindern, daß er sich gegenüber einem ordnungsmäßigen Bürgschaftsangebot ablehnend verhält, jedenfalls, sobald der Sicherheitspflichtige das seinerseits zur Herbeiführung der Bürgschaft Erforderliche getan hat, die zivilprozessualen Wirkungen einer vollzogenen Sicherheitsleistung eingetreten sein müssen, mag darüber hinaus noch ein zivilrechtlich wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande kommen oder nicht.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß nach der hier vertretenen Ansicht zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger, auch ohne daß es einer besonderen Annahmeerklärung des Gläubigers bedarf, ein zivilrechtlich wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande kommt, sobald der Bürge dem Gläubiger eine vorschriftsmäßige Bürgschaftserklärung abgegeben hat, daß aber auch dann, wenn man die Möglichkeit eines solchen Zwangsvertrages bestreitet, mit der Abgabe der Bürgschaftserklärung ohne Rücksicht auf ein zustimmendes oder ablehnendes Verhalten des Gläubigers jedenfalls die zivilprozessualischen Folgen einer vollzogenen Sicherheitsleistung eintreten müssen, da der Schuldner alsdann das getan hat, was ihm vom Gericht auferlegt worden ist.

III. Kapitel.

Der Nachweis der Leistung der Sicherheitsbürgschaft.

Ist nun eine ordnungsmäßige Sicherheit geleistet, so ist in den Fällen der Sicherheitsleistung zum Zwecke der vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung eines Urteils oder zur Abwendung der

Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen zur Auslösung der praktischen Folgen der Sicherheitsleistung im Prozeß noch der Nachweis ihres Vollzuges gegenüber dem Vollstreckungsorgan, also je nach der Art der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Gerichtsvollzieher oder gegenüber dem Vollstreckungsgericht erforderlich. Die für diesen Nachweis maßgebenden Vorschriften sind in den §§ 751 Abs.2, 775 Nr. 3 ZPO. enthalten. Während § 751 Abs. 2 den Fall der Sicherheitsleistung zwecks Ermöglichung der Zwangsvollstreckung behandelt und hierzu den Nachweis der Sicherheitsleistung durch eine öffentlich beglaubigte oder öffentliche Urkunde unter spätestens gleichzeitiger Zustellung dieser Urkunde an den Sicherheitsberechtigten fordert, behandelt § 775 Nr. 3 den Fall der Abwendung der Zwangsvollstreckung und verlangt hierzu den Nachweis der Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde.

Es herrscht nun Streit darüber, ob diese Formalvorschriften der §§ 751 Abs. 2, 775 Nr. 3 auch auf die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft, die, wie schon dargelegt, in der ZPO. eine besondere Regelung nicht gefunden hat, sei es unmittelbar, sei es entsprechend, anzuwenden sind, ob also auch der Nachweis der Leistung einer solchen Bürgschaft durch öffentlich beglaubigte oder öffentliche Urkunden zu führen ist. Diese Frage soll im Folgenden behandelt werden, und zwar soll bei dieser Behandlung von der Vorschrift des § 775 Nr. 3 ZPO. ausgegangen werden, einmal aus Zweckmäßigkeitsgründen, weil das, was für § 775 Nr. 3 maßgebend ist, für § 751 Abs. 2 in gleicher Weise gilt und die so mögliche Beschränkung auf einen der beiden Fälle die Darstellung übersichtlicher gestaltet, zum andern, weil die Vorschrift des § 775 Nr. 3, die weitergehendere ist, insofern sie zum Nachweis der Sicherheitsleistung nur öffentliche Urkunden, nicht wie § 751 Abs. 2 auch öffentlich beglaubigte zuläßt.

§ 775 Nr. 3 bestimmt, daß, falls dem im Prozeß unterlegenen Beklagten vom Gericht die Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung nachgelassen worden ist, die bereits begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen, bezw., was das Gesetz nicht sagt, aber seinem Sinn entspricht, die noch nicht begonnene zu unterlassen sei, wenn dem Vollstreckungsorgan vom Sicherheitsschuldner eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, daß die Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt ist.

Es ist nun der über die Anwendbarkeit dieser Bestimmung entstandene Streit in Schrifttum und Rechtsprechung verschiedent-

lich dahin entschieden worden, daß §§ 775 Nr. 3 ZPO. in gleicher Weise wie § 751 Abs. 2 mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung unbedenklich für anwendbar erklärt worden ist. Will man diese Ansicht aber auf ihre Richtigkeit hin prüfen, so hat man sich zunächst die Frage vorzulegen, welches denn dann im Falle des § 775 Nr. 3 die öffentlichen Urkunden sein sollen, durch die der Nachweis zu erbringen ist, und ob denn überhaupt in jedem Falle der Leistung einer Sicherheitsbürgschaft solche öffentlichen Urkunden gegeben sein werden. Sonnen, der Hauptverfechter der genannten Ansicht, stellt hierzu die Behauptung auf, daß die dem Vollstreckungsorgan vom Sicherheitsschuldner vorzulegende öffentliche Urkunde die öffentlich beurkundete Bürgschaftserklärung sei, sei es, daß der Schuldner zum Zwecke des Nachweises dem Sicherheitsberechtigten nur eine öffentlich beglaubigte Abschrift zugestellt, eine öffentliche Bürgschaftsurkunde selbst aber bei sich zurückbehalten hat, sei es, daß er sich ein Duplikat der Urkunde in öffentlicher Form hat ausstellen lassen, und kommt zu dem Ergebnis, daß eine nur in der einfachen Schriftform des § 766 BGB. erteilte Bürgschaftserklärung zwar einen zivilrechtlich wirksamen Bürgschaftsvertrag herbeizuführen geeignet sei, mit Rücksicht auf § 775 Nr. 3 ZPO. aber prozeßrechtliche Wirkungen nicht auslösen könne. So sagt er wörtlich: „Daß die Bürgschaft als solche auch dann wirksam ist, wenn die besonderen Erfordernisse des Zwangsvollstreckungsrechts nicht erfüllt sind, kann nicht zweifelhaft sein: Als Sicherheitsleistung in der Zwangsvollstreckung wirkt sie nur, wenn sie in der erschwerenden Form des § 775 Nr. 3 ZPO. nachgewiesen wird, als Bürgschaft ist sie auch ohne diese gültig. Der siegreiche Kläger kann zur Einstellung der Zwangsvollstreckung nur durch Vorlage der Bürgschaftserklärung in öffentlicher Urkunde gezwungen werden."[1]

Diese Ansicht ist jedoch als abwegig zu bezeichnen. Wenn Breit ihr in seinen Ausführungen entgegenhält, daß eine zivilrechtlich gültig bestellte Sicherheitsbürgschaft auch notwendigerweise vollstreckungsrechtliche Folgen haben, zur Herbeiführung dieser Folgen also auch eine in einfacher Schriftform erteilte Bürgschaftserklärung genügen müsse,[2] so hilft diese Behauptung allein die hier bestehenden Schwierigkeiten noch nicht beheben. Denn mag auch zugegeben werden, daß die Trennung der zivilrechtlichen Folgen der Bestellung einer Sicherheitsbürgschaft von ihren prozeßrechtlichen undurchführbar ist, so ist damit doch noch keineswegs bewiesen, daß nun

---

1) Sonnen, a. a. O. S. 31.
2) Breit, a. a. O. S. 166.

der Nachweis der erfolgten Bestellung mit Rücksicht auf § 775 Nr. 3 ZPO. nicht eben doch nur durch Vorlegung einer öffentlichen Bürgschaftsurkunde geführt werden kann. Etwas anderes aber will Sonnen ja letzten Endes gar nicht behaupten. Der Fehler der Sonnenschen Ansicht liegt vielmehr in etwas anderem. § 775 Nr. 3 bestimmt, daß sich aus der öffentlichen Urkunde unmittelbar ergeben müsse, daß die nachgelassene Sicherheitsleistung erfolgt sei. Nun würde sich, wenn dem Sonnenschen Verlangen nach Vorlegung einer öffentlichen Bürgschaftsurkunde entsprochen werden würde, aus dieser Urkunde über die Leistung der auferlegten Sicherheitsbürgschaft selbst schlechterdings nichts ergeben. Denn eine Sicherheitsbürgschaft wird, wie festgestellt, gültig geleistet durch Abgabe einer Bürgschaftserklärung und deren Zugehen bezw. Angebot an den Sicherheitsberechtigten. Aus einer öffentlichen Bürgschaftsurkunde aber würde weiter nichts hervorgehen, als daß der Bürge vor einer öffentlichen Urkundsperson eine Bürgschaftserklärung des angegebenen Inhalts abgegeben hat. Nichts aber würde sich aus ihr über die ordnungsmäßige Leistung, also darüber ergeben, ob die Bürgschaftserklärung auch dem Berechtigten zugegangen oder wenigstens angeboten worden ist. Die öffentliche Beurkundung der Bürgschaftserklärung als solche kann daher zu dem im § 775,3 geforderten Nachweise nicht genügen. Damit aber entfällt jede Notwendigkeit einer solchen Beurkundung überhaupt; ihr Zweck ist schlechterdings nicht mehr einzusehen, sie würde lediglich einem übertriebenen Formalismus dienen und die Kosten der Bürgschaftssicherheit unnötig verteuern. So sagt auch das OLG. Dresden in seiner Entscheidung vom 23. Februar 1926 treffend zu dieser Frage im Falle des § 751 Abs. 2: „Auch dann, wenn § 751 Abs. 2 ZPO. auf die Sicherheitsleistung entsprechend anzuwenden wäre, würde zu einem anderen Ergebnis nicht zu gelangen sein. Nach dem Wortlaut des § 751 Abs. 2 ZPO. darf in dem dort bezeichneten Falle die Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist. Nach diesem Wortlaut ist also nicht nachzuweisen, daß die Sicherheitsleistung in dieser Form vorgenommen sei, sondern es ist in dieser Form nachzuweisen, daß sie wirksam, aber nicht in einer bestimmten Form erfolgt sei.“[3] Eine öffentliche Beurkundung der Bürgschaftserklärung würde aber nach dem Ausgeführten tatsächlich nicht mehr besagen, als daß die Abgabe der Bürgschafts-

3) OLG., Dresden a. a. O. S. 850.

erklärung eben in dieser Form erfolgt sei. Das aber wäre bedeutungslos, und damit ist die öffentliche Beurkundung der Bürgschaftserklärung überhaupt überflüssig. Allerdings ist festzustellen, daß, mag auch diese öffentliche Beurkundung für den Nachweis der Sicherheitsleistung weder erforderlich noch geeignet sein, das Gericht im Einzelfall doch eine solche Beurkundung anordnen kann. Denn das Gericht kann nach freiem Ermessen über die bei Abgabe einer Bürgschaftserklärung zu beobachtende Form Bestimmungen treffen. Es kann bestimmen, daß die auf der Bürgschaftsurkunde befindlichen Unterschriften zu beglaubigen seien, es kann bestimmen, daß die ganze Erklärung zu beurkunden sei und anderes mehr. So mag es z. B. vorkommen, daß das Gericht in außergewöhnlichen Fällen, wenn z. B. die Bürgschaft einer unbekannten Privatbank angeboten und aus besonderen Gründen für zulässig erklärt wird, zur größeren Sicherheit des Berechtigten die Uebergabe einer öffentlichen Bürgschaftsurkunde fordert. Jedoch wird davon auszugehen sein, daß Erfordernisse, die sich in der Anordnung des Gerichts in dieser Hinsicht nicht finden, von ihm zum Zwecke der Sicherheitsleistung eben auch nicht verlangt werden.

Es ergibt sich damit, daß durch eine öffentliche Bürgschaftsurkunde als solche nicht, wie Sonnen meint, der nach § 775 Nr. 3 ZPO. erforderliche Nachweis geführt werden kann.

Welche Urkunden aber kommen sonst noch für einen solchen Nachweis in Frage?

Man könnte hier an die Hinterlegungsbescheinigung der Hinterlegungsstelle denken. Aber auch deren Ungeeignetheit erhellt ohne weiteres. Einmal ist ja, wie festgestellt, die Hinterlegung einer Bürgschaftsurkunde, — eine solche würde außerdem stets nur bei schriftlicher Erteilung der Bürgschaftserklärung gegeben sein —, ein für die Leistung einer Sicherheitsbürgschaft rechtlich belangloser Akt, und es wird daher regelmäßig eine solche Hinterlegung erst gar nicht erfolgen. Ist sie aber doch erfolgt, sei es, daß sie vom Gericht angeordnet, sei es, daß sie aus sonstigen Gründen ausnahmsweise für zulässig erklärt worden ist, und ist dem Hinterleger eine Hinterlegungsbescheinigung erteilt worden, so würde er damit zwar eine öffentliche Urkunde in Händen haben. Denn die Hinterlegungsstellen sind heute wohl so ziemlich im gesamten Bereiche des Deutschen Reiches die Gerichte, und die von ihnen ausgestellten Urkunden sind öffentlicher Natur. Aber über die wirksame Leistung der nachgelassenen Bürgschaftssicherheit würde diese Urkunde ebensowenig beweisen wie eine

öffentliche Bürgschaftsurkunde. Denn der Hinterlegungsstelle steht nur ein dahingehendes Prüfungsrecht zu, ob das zur Hinterlegung angebotene Schriftstück eine Urkunde im Sinne des § 1 HO. ist, und ob die Hinterlegung irgendwie gerechtfertigt ist. Die von ihr erteilte Hinterlegungsbescheinigung würde daher lediglich besagen, daß eine hinterlegungsfähige Bürgschaftsurkunde hinterlegt worden ist, nichts aber über den Inhalt dieser Urkunde und das zur Leistung einer ordnungsmäßigen Bürgschaftssicherheit erforderliche Zugehen oder Angebot der Urkunde an den Sicherungsberechtigten ergeben. Auch durch sie kann daher ein gültiger Nachweis nicht geführt werden.

Vielmehr ist nur ein einziger Fall denkbar, in dem der Sicherheitsschuldner den Nachweis entsprechend der Vorschrift des § 775 Nr. 3 ZPO. durch öffentliche Urkunden erbringen könnte. Wenn er nämlich dem Vollstreckungsorgan eine öffentlich beurkundete Bürgschaftserklärung und außerdem noch eine öffentliche Urkunde über ihr Zugehen an den Sicherheitsberechtigten, also eine Zustellungsurkunde vorlegen würde. Dazu aber wird er wohl nur in den allerseltensten Fällen in der Lage sein. Denn wird die Bürgschaftserklärung mündlich abgegeben, was nach der hier vertretenen Auffassung möglich und genügend ist, so ergibt sich die Unmöglichkeit des Nachweises in der bezeichneten Form von selbst. Aber auch dann, wenn der Schuldner sich vom Bürgen eine Bürgschaftsurrkunde aushändigen läßt, wird er sie doch grundsätzlich nur in der einfachen Schriftform des § 126 BGB. ausgestellt erhalten, da auch die in dieser Form abgegebene Bürgschaftserklärung zur wirksamen Leistung einer Sicherheitsbürgschaft vollkommen genügend ist, die öffentliche Beurkung der Erklärung also für den Schuldner nur eine unnnötige Verteuerung der Sicherheitsleistung bedeuten würde. Selbst aber, wenn der Schuldner über eine solche öffentliche Urkunde verfügt, — das Gericht hat z. B. ausnahmsweise die öffentliche Beurkundung der Bürgschaftserklärung für erforderlich erklärt, und der Schuldner hat dem Sicherheitsberechtigten eine beglaubigte Abschrift der Urkunde übermittelt —, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß er auch die außerdem noch erforderliche öffentliche Zustellungsurkunde in Händen hat. Denn der Schuldner kann, wie dargelegt, ebenso wie der Bürge, die Bürgschaftsurkunde dem Sicherheitsberechtigten auch unmittelbar übergeben oder zusenden, ohne an den Weg der §§ 170, 198 ZPO. gebunden zu sein, mag dieser Weg auch die Regel bilden. Wählt der Schuldner aber die unmittelbare Uebermittlung oder nimmt der Bürge die Uebermittlung gar selbst vor, so hat das zur Folge,

daß der Schuldner auch niemals in den Besitz einer öffentlichen Zustellungsurkunde gelangt und damit auch niemals den Nachweis in der bezeichneten Form führen kann.

Der Sicherheitsschuldner wird also nur in den allerwenigsten Fällen einen der Formvorschrift des § 775 Nr. 3 ZPO. genügenden Nachweis der wirksamen Leistung der Bürgschaft durch öffentliche Urkunden erbringen können.

Damit aber folgt die Unanwendbarkeit der §§ 775 Nr. 3 und 751 Abs. 2 ZPO. auf einen solchen Nachweis und die Unhaltbarkeit der entgegengesetzten Ansicht von selbst. Hier, wo eine genügende Sicherheit durch einfache mündliche oder schriftliche Bürgschaftserklärung gültig geleistet werden kann, und öffentliche Urkunden schlechterdings nicht in Frage kommen, kann auch nicht der Nachweis der Leistung durch solche Urkunden verlangt werden. Die Vorschriften der §§ 775 Nr. 3, 751 Abs. 2 ZPO. stammen ebenso, wie die Vorschrift des § 108, Abs. 1, Satz 2, aus der Zeit der fast ausschließlichen Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren. Bei dieser Art der Sicherheitsleistung war mit der Hinterlegungsbescheinigung der Hinterlegungsstelle eine den Vorschriften der §§ 775 Nr. 3, 751 Abs. 2 ZPO. entsprechende öffentliche Urkunde ohne weiteres gegeben. Denn eine derartige Sicherheitsleistung wird bewirkt durch Hinterlegung und zwar durch den Hinterlegungsakt allein. Legt daher der Sicherheitsschuldner dem Vollstreckungsorgan eine Hinterlegungsbescheinigung vor, — daß diese Urkunden, wenigstens in Preußen, öffentlicher Natur sind, ist bereits festgestellt worden,[4] — so erbringt er damit in einwandfreier Weise den in §§ 775 Nr. 3, 751 Abs. 2 ZPO. geforderten Nachweis. Auf diese Hinterlegungsurkunde allein und nur auf sie bezieht sich die Vorschrift der §§ 775 Nr. 3, 751 Abs. 2 ZPO. Die Uebertragung von Rechtsgrundsätzen aber, die für die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung gelten, auf eine Sicherheitsleistung, die ihrer ganzen Natur und ihrem Wesen nach nicht durch Hinterlegung erfolgen kann und bei der die etwaige Hinterlegung nur ein unabhängig von ihr sich abspielender rechtlich bedeutungsloser Akt ist, ist, da sie zu unerträglichen Ergebnissen führt, von der Hand zu weisen. Wie die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft in der Zivilprozeßordnung eine besondere Regelung überhaupt nicht gefunden hat, und die Bestimmungen der ZPO. über die Leistung von Prozeßsicherheiten auf die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nicht passen und nicht übertragbar sind, so ist auch die Vorschrift der

4) Sydow-Busch, Anm. 5 zu § 751.

§§ 775 Nr. 3, 751 Abs. 2 ZPO. auf diese Art der Sicherheitsleistung weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar, ein Nachweis dieser Sicherheitsleistung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht zu verlangen. So im Ergebnis auch das OLG. Dresden in seiner Entscheidung, Breit und Wunderlich in ihren Abhandlungen.[5]

Es mag zugegeben werden, daß sich, wenn man sich auf diesen Standpunkt stellt, eine Abweichung zwischen dem alten Wortlaut der §§ 775 Nr. 3, 751 Abs. 2 und dem ihnen durch die Neufassung des 108 ZPO. gegebenen neuen Sinn ergibt. Solche Abweichungen aber sind bei der heutigen stückweisen Ergänzung der Gesetze nichts Seltenes und dürften keinen Hinderungsgrund bilden.

Es ist also der Nachweis der vollzogenen Sicherheitsleistung vom Schuldner durch öffentliche Urkunden nicht zu verlangen. Wie ist der Nachweis, der doch nun einmal erforderlich ist, aber dann von ihm zu erbringen, auch weiterhin von der Vorschrift des § 775 Nr. 3, ZPO. ausgegangen?

Die Sicherheitsbürgschaft ist ordnungsgemäß vom Sicherheitsschuldner geleistet, sobald der Bürge eine der gerichtlichen Anordnung entsprechende Bürgschaftserklärung abgegeben und, bei mündlicher Erklärung, der Gläubiger von ihr Kenntnis genommen hat, bei schriftlicher Erklärung die Erklärung dem Gläubiger zugegangen ist. Die Abgabe der Bürgschaftserklärung wie ihre Kentnisnahme bezw. ihr Zugehen aber sind tatsächliche Vorgänge. Sollen solche tatsächlichen Vorgänge nachgewiesen werden, so muß, wenn die Formalvorschriften der §§ 775 Nr. 3, 751 Abs. 2 ZPO. nicht maßgebend sind, zu einem solchen Nachweise die Glaubhaftmachung der Vorgänge genügen. Geeignete Mittel einer Glaubhaftmachung sind nach § 294 ZPO. mit Ausnahme der Eideszuschiebung alle im Prozeßverfahren zugelassenen Beweismittel überhaupt. Von diesen prozeßrechtlichen Beweismitteln können zum Nachweise einer Bürgschaftsleistung gegenüber einem Vollstreckungsorgan der Natur der Sache nach nur Urkunden in Betracht kommen. Diese Urkunden brauchen aber nicht, wie es § 775 Nr. 3 ZPO. verlangt, öffentlicher Natur zu sein, vielmehr ist für die Zwecke einer Glaubhaftmachung jede, auch eine privatschriftliche Urkunde geeignet. Es wird der Schuldner daher die Leistung einer Sicherheitsbürgschaft, ganz gleich, ob die Bürgschaft durch mündliche oder schriftliche Erklärung herbeigeführt worden ist, in einfachster Weise dadurch ausreichend nachweisen können, daß er dem Vollstreckungsorgan eine vom Sicher-

5) OLG., Dresden a. a. O. S. 850; Breit S. 167; Wunderlich S. 2560.

heitsberechtigten ausgestellte und unterschriebene Bescheinigung vorlegt, in der dieser die ordnungsmäßige Bewirkung der dem Schuldner nachgelassenen Bürgschaftssicherheit, d. h. die Abgabe einer ordnungsmäßigen Bürgschaftserklärung, bestätigt. Eine solche Bescheinigung wird der Schuldner auch ohne besondere Schwierigkeiten vom Sicherheitsberechtigten erlangen können, wenn dieser das Bürgschaftsangebot ohne weitere Umstände angenommen hat. Verweigert der Sicherheitsberechtigte jedoch eine solche Annahme oder lehnt er die Erteilung einer derartigen Bescheinigung aus sonstigen Gründen ab, so kann der Nachweis auf diese Art und Weise nicht erfolgen. Ist in diesem Falle die Bürgschaftserklärung lediglich mündlich abgegeben worden, oder hat der Bürge bezw. der Schuldner als sein Vermittler dem Sicherheitsberechtigten die die Bürgschaftserklärung enthaltende Urkunde unmittelbar, d. h. nicht im Wege der §§ 170, 198 ZPO. übermittelt, so würden damit zwar die zivilprozessualen Folgen einer Sicherheitsleistung eingetreten sein; den im Falle des § 775 Nr. 3 ZPO. zur Verhinderung der Vornahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erforderlichen Nachweis aber wird der Schuldner schlechterdings nicht führen können, da er irgend welche glaubhaften Beweismittel für die Bewirkung der Sicherheitsleistung nicht in Händen hat. Wenn in diesem Falle das Vollstreckungsorgan dem Auftrag des siegreichen Klägers entsprechend die Zwangsvollstreckung nunmehr betreibt, so bleibt dem Sicherheitspflichtigen nichts weiter übrig, als beim Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO. Erinnerung hiergegen zu erheben. In dem darauf folgenden Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht wird der Sicherheitspflichtige dann in der Lage sein, die vorschriftsmäßige Uebernahme der Bürgschaft durch den Bürgen nachzuweisen, worauf das Vollstreckungsgericht die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen anordnen wird.

Hat der Schuldner jedoch, wie es auch regelmäßig geschehen wird, von vornherein den Weg des § 170 bezw. 198 ZPO. gewählt, die Bürgschaftserklärung dem Berechtigten also zustellen lassen, so wird er stets zur Durchführung des Nachweises in der Lage sein, denn alsdann hat er eine Bürgschaftsurkunde oder doch deren beglaubigte Abschrift, sowie eine öffentliche Zustellungsurkunde in Händen. Aus diesen Urkunden aber kann das Vollstreckungsorgan in einwandfreier Weise ersehen, ob eine der gerichtlichen Anordnung entsprechende Bürgschaftserklärung dem Berechtigten zugegan-

gen ist. Durch Vorlegung dieser Urkunden, denen zweckmäßig noch der die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft zulassende Gerichtsbeschluß zuzufügen wäre, würde also ein in jeder Weise zweifelsfreier Nachweis der vollzogenen Sicherheitsleistung erbracht werden. Sollte das Vollstreckungsorgan auch einem solchen Nachweis gegenüber von der Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht Abstand nehmen, bezw. im Falle des § 751 Abs. 2 die Vornahme der Zwangsvollstreckung verweigern, so bliebe auch hier dem Schuldner noch der Weg der Erinnerung des § 766 ZPO.

IV. Kapitel.

Die Beendigung der Sicherheitsbürgschaft.

Nach der Behandlung der Fragen nach der Leistung und dem Nachweis einer Prozeßsicherheitsbürgschaft bleibt noch die Frage zu prüfen, wie eine solche Bürgschaft nun endigt.

Auch diese Frage stößt auf erhebliche Schwierigkeiten.

Die Aufhebung von Prozeßsicherheitsleistungen ist von der ZPO. in den §§ 109 und 715 geregelt worden. § 109 ZPO. gilt für die Aufhebung von Sicherheitsleistungen im allgemeinen, während § 715 den Sonderfall der Aufhebung der Sicherheitsleistung regelt, die gemäß §§ 710, 713 ZPO. zum Zwecke der vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung eines Urteils erfolgt ist. Nach § 109 hat das Gericht, welches die Bestellung der Sicherheit angeordnet oder zugelassen hat, sobald die Veranlassung für die Sicherheitsleistung weggefallen ist, auf Antrag eine Frist zu bestimmen, binnen welcher ihm die Partei, zu deren Gunsten die Sicherheit geleistet ist, die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit zu erklären oder die Erhebung der Klage wegen ihrer Ansprüche nachzuweisen hat. Ist die Frist abgelaufen, so hat das Gericht auf Antrag die Rückgabe der Sicherheit anzuordnen, wenn nicht inzwischen die Erhebung der Klage nachgewiesen ist. Die Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. § 715 ZPO. verlangt zur Aufhebung ebenfalls einen gerichtlichen Rückgabebeschluß, läßt diesen aber ohne weiteres lediglich auf Grund der Vorlegung eines Rechtskraftzeugnisses zu. Treffen nun diese Vorschriften der §§ 109, 715 ZPO. auch auf die Aufhebung von Bürgschaftssicherheiten zu, ist insbesondere der vom § 109 wie vom § 715 geforderte gerichtliche Rückgabebeschluß zur Aufhebung einer solchen Sicherheit erforderlich und geeignet, oder ist vielmehr die Aufhebung einer Bürgschaftssicherheit

in gleicher Weise wie ihre Leistung nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Hierzu vertritt Sonnen den Standpunkt, daß das vereinfachte Verfahren der §§ 109, 715 ZPO. auch auf Bürgschaften anzuwenden sei und begründet dies folgendermaßen. Er erklärt, daß es einer formellen Rückgabeanordnung im Sinne der §§ 109, 715 ZPO. zwar nicht bedürfe, glaubt aber, diese Anordnung durch einen Feststellungsbeschluß des Gerichts ersetzen zu können, dahingehend, daß das Gericht festzustellen habe, daß Verbindlichkeiten des Sicherheitsleistenden auf Schadensersatzleistung an den Sicherheitsberechtigten nicht entstanden seien und auch nicht mehr entstehen würden, und führt weiter aus, daß auch eine Rückgabeanordnung des Gerichts aus §§ 109, 715 ZPO. nur im Sinne eines solchen Feststellungsbeschlusses gewertet werden könne. Er sagt: „Wenn das Gesetz in §§ 109, 715 an Stelle des Klageweges ein vereinfachtes Verfahren ohne notwendige mündliche Verhandlung für den Fall zur Verfügung stellt, daß der Sicherheitsleistende die Rückgabe verlangen kann, weil die Veranlassung für die Sicherheitsleistung weggefallen ist, so bezweckt es damit doch nur eine vereinfachte und beschleunigte Prüfung darüber, ob die Veranlassung für die Sicherheitsleistung weggefallen ist, ob also der Schaden, gegen den die Sicherheitsleistung sichern sollte, nicht entstanden ist und in Zukunft nicht mehr entstehen kann. Die Folge dieser Feststellung war nach früherem Recht notwendig die Anordnung, daß die Sicherheit zurückzugeben sei. Ist dagegen die Sicherheit durch Bürgschaft gestellt, so bedarf es dieser Anordnung überhaupt nicht, vielmehr genügt hier die einfache Feststellung, daß ein Schaden nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen wird.“ Er begründet dies weiter mit der akzessorischen Natur, also der Abhängigkeit der Bürgschaft von dem Bestehen einer Hauptschuld und sagt zum Schluß: „Ob indes ein solcher Feststellungsbeschluß nach den sonstigen Regeln des Prozeßrechts überhaupt zulässig wäre, kann zweifelhaft sein, jedenfalls würde auch ein die Rückgabe der Sicherheit anordnender Beschluß im Falle der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nur im Sinne eines solchen Feststellungsbeschlusses gedeutet werden können, sodaß mit seiner Rechtskraft die Gebundenheit des Bürgen aufhören und er in entsprechender Anwendung des § 371 BGB. berechtigt würde, die Bürgschaftserklärung zurückzuverlangen.[1]“

1) Sonnen a. a. O. S. 32.

Diesen Ausführungen ist jedoch nicht beizutreten. Vielmehr ist die Anwendbarkeit der §§ 109, 715 ZPO. auf die Aufhebung von Sicherheitsbürgschaften in gleicher Weise abzulehnen, wie zuvor die entsprechende Anwendung des § 108 Satz 2 auf ihre Leistung und die der §§ 751 Abs. 2, 775 Ziff. 3 auf ihren Nachweis.

Das ergibt sich aus folgender Erwägung. Zunächst spricht das Gesetz im § 109 von der Einwilligung des Sicherheitsgläubigers in die Rückgabe der Sicherheit. Eine solche „Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit“ hat aber lediglich bei der bisherigen Art der Sicherheitsleistung von Geld oder Wertpapieren Sinn und Bedeutung und kann der Natur der Sache nach bei einer Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nicht in Frage kommen. Denn bisher wurde die Sicherheit einfach durch Rückgabe der hinterlegten Gelder oder Wertpapiere aufgehoben. Eine Einwilligung des Sicherheitsgläubigers hierein stößt begrifflich auf keinerlei Schwierigkeiten. Bei der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft aber ist einmal nur eine Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde denkbar und auch diese wird, wie festgestellt, nur in den allerseltensten Fällen erfolgen. Auch dann aber, wenn sie erfolgt ist, kann von einer „Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit“ nicht die Rede sein. Denn wie die Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde einen für den Abschluß des Bürgschaftsvertrages rechtlich notwendigen Akt nicht darstellt, kann auch die Rückgabe der Urkunde aus dem Gewahrsam der Hinterlegungsstelle und eine etwaige Einwilligung des Berechtigten hierein eine Aufhebung des Bürgschaftsvertrages nicht herbeiführen. Zudem bleibt der Berechtigte ja stets im Besitze derjenigen Ausfertigung der Bürgschaftserklärung, die ihm selbst vom Schuldner oder Bürgen zum Zwecke der Herbeiführung des Vertrages übergeben oder zugestellt werden mußte, und die allein für ihn maßgebend ist. Das ganze Erfordernis der „Einwilligung des Gläubigers in die Rückgabe der Sicherheit“ paßt also nicht für die Bürgschaft. Das Gleiche gilt von dem gerichtlichen Rückgabebeschluß der §§ 109, 715 ZPO. Auch ein solcher ist begrifflich nur denkbar, wenn eine Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde stattgefunden hat. Ist dies aber geschehen und ergeht daraufhin der Beschluß, so würde er doch nur besagen, daß nun eben die Rückgabe der Urkunde an den Schuldner oder Bürgen zu erfolgen habe. Das aber würde nach dem Ausgeführten bedeutungslos sein.

Aber auch der Sonnen'sche Feststellungsbeschluß und die Ansicht Sonnen's, daß ein etwaiger Rückgabebeschluß des Gerichts in einen solchen umzudeuten sei, entbehrt weiterhin jeglicher Grund-

lage. Wenn das Gericht, wie es der Regelung des § 109 ZPO. entspricht, die Rückgabe der Sicherheit anordnet, weil der Sicherheitsgläubiger die ihm gesetzte Erklärungs- und Klageerhebungsfrist fruchtlos hat verstreichen lassen, so will es mit einem solchen Beschluß in keiner Weise wie Sonnen meint, die Feststellung treffen, daß irgendwelche Ansprüche des Sicherheitsberechtigten auf Schadenersatz nicht entstanden seien und auch nicht mehr entstehen könnten. Einer derartigen materiellrechtlichen Prüfung will das Gesetz das Gericht durch das vereinfachte Verfahren des § 109 vielmehr gerade entheben. Der Wegfall der Veranlassung der Sicherheitsleistung ist nach richtiger Ansicht von vornherein von der die Fristsetzung beantragenden Partei nachzuweisen, nicht erst nachträglich vom Gericht zu prüfen.[2] Wenn § 109 daher bestimmt, daß das Gericht im Falle des fruchtlosen Ablaufs der dem Sicherheitsberechtigten gesetzten Frist die Rückgabe der hinterlegten Sicherheit anzuordnen habe, so stellt der demgemäß ergehende gerichtliche Beschluß einzig und allein die Tatsache fest, daß die hinterlegte Sicherheit mangels einer Erklärung des Berechtigten innerhalb der ihm gesetzten Frist der Partei, die sie geleistet, zurückzugeben sei. Eine Verfügung über Ansprüche und Verpflichtungen einer der beiden Parteien im Sinne des Sonnen'schen Feststellungsbeschlusses steht dem Gericht nicht zu und wird von ihm mit dem Erlaß eines solchen Rückgabebeschlusses auch garnicht beabsichtigt. So im Ergebnis auch Breit und Wunderlich in ihren Abhandlungen[3].

Kommt aber auch der Sonnen'sche Feststellungsbeschluß nicht in Betracht, so ergibt sich damit auch die Unanwendbarkeit der §§ 109, 715 ZPO. auf die Aufhebung von Sicherheitsbürgschaften und bleibt nur übrig, diese Aufhebung, wie zuvor schon die Leistung der Bürgschaft, nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Nach § 765 BGB. verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, und es ist nach § 767 BGB. für diese Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Steht daher fest, daß eine Verbindlichkeit des Sicherheitsleistenden auf Schadensersatz gegenüber dem Sicherheitsberechtigten nicht entstanden ist und in Zukunft auch nicht mehr entstehen wird, so sind damit zufolge der akzessorischen Natur der Bürgschaft auch die Bedingungen für das Entstehen von Rechten und Pflichten aus der Bürgschaft endgültig ausgefallen, und es steht fest,

2) OLG. 39, 41.
3) Breit a. a. O. S. 175; Wunderlich a. a. O. S. 2559.

daß eine Verpflichtung des Bürgen nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen kann. Will der Bürge sich Klarheit hierüber verschaffen, so bleibt ihm nichts übrig, als eine dementsprechende Feststellungsklage, zweckmäßig in Verbindung mit dem gleichzeitigen Verlangen der Herausgabe der Bürgschaftsurkunde gemäß § 371 BGB., gegen den Gläubiger zu erheben.

Schlußbemerkung.

Die vorstehende Abhandlung zeigt, welche weitreichenden Folgen eine ganz unscheinbare Gesetzesänderung haben kann, und welche Schwierigkeiten dadurch entstanden sind, daß der Gesetzgeber bei Erlaß der Zivilprozeßnovelle vom 13. Februar 1924 die Tragweite der Abänderung des § 108 ZPO. nicht genügend in Erwägung gezogen hat. Welche Bedeutung die Prozeßsicherheitsleistung durch Bürgschaft im übrigen allmählich in der Praxis erlangt, und wie man hier in Erkenntnis dieser Tatsache bemüht ist, die entstandenen Schwierigkeiten aus dem Wege zu räumen und das ganze Verfahren und seine Voraussetzungen so einfach wie möglich zu gestalten, zeigt am deutlichsten ein bald nach der Novelle ergangener Runderlaß des Kammergerichtspräsidenten, in dem die Kreditversicherungsbank „Hermes“ ausdrücklich ein für alle Mal als ein für die Zwecke der prozessualen Sicherheitsleistung tauglicher Bürge anerkannt wird.

Lebenslauf.

Am 14. Mai 1903 wurde ich zu Posen als Sohn des jetzigen Reichsbahnoberrates Karl Kirste und seiner Ehefrau Augusta, geb. Scholz, geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger evangelischen Bekenntnisses. Ich besuchte das Realgymnasium zu Steglitz-Berlin, das Städtische Gymnasium zu Guben, das König-Wilhelm-Gymnasium zu Breslau, und legte schließlich an dem Gymnasium zu Guben die Reifeprüfung ab. Im Herbst 1922 bezog ich die Universität Breslau, um mich dem Studium der Rechte zu widmen. Im März 1927 bestand ich die erste juristische Prüfung an dem Oberlandesgericht zu Breslau, im Mai 1927 das mündliche Doktorexamen.